

# De herschikte EEX-Vo en derde landen: het formele toepassingsgebied van de Verordening nader bezien

Mr. dr. L.M. van Bochove \*

## 1 Inleiding

Wanneer moet de Nederlandse rechter in een internationale burgerlijke of handelszaak zijn bevoegdheid bepalen aan de hand van de herschikte EEX-Verordening<sup>1</sup> (hierna: herschikte EEX-Vo) en wanneer op basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)? Deze vraag betreft het formele toepassingsgebied, oftewel het ruimtelijke of geografische geldingsbereik, van de Verordening.<sup>2</sup> Op het eerste gezicht lijkt het antwoord eenvoudig: de herschikte EEX-Vo stelt immers dat haar bevoegdheidsregels van toepassing zijn wanneer de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat. Maar wat als de verweerder woonachtig is in een lidstaat en partijen een forumkeuze hebben uitgebracht voor het gerecht van een niet-lidstaat? Of de zaak betrekking heeft op een zakelijk recht op een onroerend goed gelegen in een derde land?<sup>3</sup> Moet de aangezochte Nederlandse rechter in deze gevallen de bevoegdheidsregeling van de herschikte EEX-Vo toepassen, of toch het Rv? Hoe deze vraag door de rechter wordt beantwoord, kan vergaande gevolgen hebben voor diens bevoegdheid. Zo zal de rechter zich bij toepassing van het Rv onbevoegd moeten verklaren ten gunste van een geldig gekozen gerecht van een derde land, terwijl hij op basis van de herschikte EEX-Vo juist verplicht kan zijn om bevoegdheid aan te nemen.

De vraag naar de formele reikwijdte van de Europese bevoegdheidsregels is al sinds het EEX-Verdrag uit 1968<sup>4</sup> voorwerp van discussie. Ook in het afgelopen decennium heeft de kwestie nog op veel belangstelling kunnen rekenen, met

name van Engelse rechtsgeleerden.<sup>5</sup> In de Nederlandse literatuur is het onderwerp daarentegen onderbelicht gebleven. Hoewel het formele toepassingsgebied een punt van aandacht was bij de herziening van de EEX-Vo,<sup>6</sup> heeft de Europese wetgever nagelaten om in de nieuwe Verordening, die sinds 10 januari 2015 van toepassing is, volledige duidelijkheid te scheppen over haar toepasselijkheid in relatie tot niet-lidstaten. Gezien de uitslag van het *Brexit*-referendum zal het belang van deze kwestie de komende jaren echter alleen maar toenemen.

Deze bijdrage beoogt het formele toepassingsgebied van de bevoegdheidsregels van de herschikte EEX-Vo in kaart te brengen. Zij bespreekt achtereenvolgens de hoofdregel (par. 2) en uitzonderingen (par. 3 t/m 7), alsmede het internationaliteitsvereiste, dat een algemene beperking vormt (par. 8). In deze paragrafen wordt ook stilgestaan bij de wijzigingen die de herschikte EEX-Vo op dit punt heeft ondergaan ten opzichte van haar voorganger. Daarnaast wordt ingegaan op de overgebleven controverses met betrekking tot het formele toepassingsgebied, waarvoor mogelijke oplossingen worden besproken. Tot slot wordt in de conclusie (par. 9) een gedifferentieerde benadering verdedigd, die het dwingende karakter van de Verordening als uitgangspunt neemt. Betoogd wordt dat hierop omwille van de partijautonomie en rechtszekerheid een uitzondering moet worden aanvaard voor de forumkeuze voor het gerecht van een niet-lidstaat.

## 2 Hoofdregel: woonplaats verweerder in een lidstaat

Op grond van de hoofdregel zal het aangezochte gerecht van een lidstaat de bevoegdheidsregels van de herschikte EEX-Vo

\* Mr. dr. L.M. van Bochove is universitair docent Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit Leiden. De auteur bedankt dr. E. Pannebakker voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1. De Verordening wordt ook wel aangeduid als de herschikte Brussel I-Vo of Brussel I bis-Vo.
2. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 13 definieert het formele toepassingsgebied van verdragen en verordeningen als 'het naar personele en/of territoriale criteria bepaalde ruimtelijke toepassingsgebied'.
3. In dit artikel worden de begrippen 'niet-lidstaat' en 'derde land' als synoniemen gehanteerd: in beide gevallen wordt bedoeld op een land dat geen lid is van de Europese Unie.
4. Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Trb.* 1969, 101.

5. Zie o.a. R. Fentiman, 'Civil jurisdiction and third states: Owusu and after', *Common Market Law Review* 2006, p. 705-734; A. Briggs, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford: Oxford University Press 2008, nr. 7.98 e.v.; T.C. Hartley, *International commercial litigation*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 195 e.v. Het onderwerp kwam ook aan bod in de Europa Lezing van Lord Mance, rechter van de UK Supreme Court. Deze lezing vond plaats in Leiden op 29 september 2016 en was georganiseerd door het Europa Instituut en het Instituut voor Anglo-Amerikaans Recht van de Universiteit Leiden.
6. Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

formeel van toepassing verklaren wanneer de verweerder, ongeacht diens nationaliteit, woonplaats heeft in een lidstaat. Dit vloeit voort uit art. 4 t/m 6. De woonplaats van de verzoeker is niet relevant.<sup>7</sup>

### 2.1 Het woonplaatsbegrip

Of een natuurlijk persoon, die in de procedure als verweerder optreedt, woonplaats heeft op het grondgebied van de lidstaat van het aangezochte gerecht moet ingevolge art. 62 lid 1 herschikte EEX-Vo worden bepaald op grond van het recht van de rechter (de *lex fori*). Voor de Nederlandse rechter betekent dit dat hij art. 1:10 t/m 1:15 van het Burgerlijk Wetboek (BW) dient toe te passen. Als de verweerder volgens de *lex fori* geen woonplaats heeft in de lidstaat van de aangezochte rechter, dan zal moeten worden bepaald of de verweerder woonplaats heeft in een andere lidstaat. Hiervoor dient de rechter ingevolge art. 62 lid 2 herschikte EEX-Vo het recht van die andere lidstaat toe te passen.<sup>8</sup>

Voor vennootschappen en rechtspersonen dient de woonplaats te worden bepaald aan de hand van art. 63 herschikte EEX-Vo, dat in tegenstelling tot art. 62 wel een autonome definitie geeft. Op grond van dit artikel heeft een vennootschap of rechtspersoon woonplaats op de plaats van zijn statutaire zetel,<sup>9</sup> hoofdbestuur of hoofdvestiging.<sup>10</sup> Voor de formele toepasselijkheid van de bevoegdheidsregels van de herschikte EEX-Vo is het voldoende dat een van deze plaatsen in een lidstaat is gelegen.

### 2.2 Onbekende woonplaats

Hoe dient het aangezochte gerecht van een lidstaat te handelen wanneer de verweerder geen bekende woonplaats heeft? Deze kwestie wordt niet geregeld in de Verordening. Uit de arresten *Lindner*<sup>11</sup> en *G/Cornelius de Visser*<sup>12</sup> van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) kan echter wor-

den afgeleid dat de bevoegdheidsregels<sup>13</sup> ook van toepassing zijn wanneer de verweerder geen bekende woonplaats heeft in een lidstaat, tenzij de aangezochte rechter over afdoende aanwijzingen beschikt dat de verweerder woonplaats heeft buiten de Europese Unie.<sup>14</sup> Wel rust op de rechter de verplichting te controleren dat de verzoeker met spoed en te goeder trouw alle nodige stappen heeft genomen om de verweerder te vinden.<sup>15</sup>

### 2.3 Woonplaats in derde land

Heeft de verweerder geen woonplaats in een EU-lidstaat, maar wel in IJsland, Noorwegen of Zwitserland, dan geldt het Parallelverdrag of Verdrag van Lugano uit 2007.<sup>16</sup> De bepalingen van dit Verdrag zijn in hoge mate gelijk aan de bepalingen van de EEX-Vo. Is het Verdrag van Lugano niet van toepassing en is ook geen sprake van de hierna in paragraaf 3 e.v. te bespreken uitzonderingen op het formele toepassingsgebied van de herschikte EEX-Vo, dan dient de rechter terug te vallen op zijn commune bevoegdheidsregels.<sup>17</sup> Voor de verweerder heeft dit tot gevolg dat hij geen beroep kan doen op de bescherming die de Verordening biedt tegen als exorbitant beschouwde nationale bevoegdheidsregels, zoals bevoegdheid op grond van de woonplaats of nationaliteit van de verzoekende partij. Waar art. 5 lid 2 herschikte EEX-Vo de toepassing van nationale bevoegdheidsregels nadrukkelijk uitsluit wanneer de Verordening van toepassing is, bepaalt art. 6 lid 2 herschikte EEX-Vo<sup>18</sup> dat de nationale bevoegdheidsregels, inclusief de exorbitante, wel kunnen worden ingeroepen tegen een verweerder die geen woonplaats heeft in een lidstaat. Sterker, de Verordening breidt de reikwijdte van deze nationale bevoegdheidsregels uit door te bepalen dat 'eenieder, ongeacht zijn nationaliteit, die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats heeft, zich aldaar op gelijke voet met de onderdanen van die staat' op deze regels kan beroepen.<sup>19</sup>

7. HvJ EG 13 juli 2000, C-412/98, ECLI:EU:C:2000:399, Jur. 2000, p. I-5925, *NJ* 2003/597, m.nt. P. Vlas (*Group Josi*), punt 61.

8. Strikwerda stelt dat het formele toepassingsgebied hierdoor nogal 'rafelig' is en verschillend kan uitvallen naargelang welke rechter wordt aangezocht en het woonplaatsbegrip van de *lex fori*, zie Strikwerda 2015, nr. 232. Naar mijn mening zal van rafeelheid echter geen sprake zijn nu art. 62 lid 2 herschikte EEX-Vo niet naar de *lex fori* verwijst, maar naar het recht van de lidstaat waarin de verweerder beweert (of waarin hij wordt beweerd) woonplaats te hebben. Voorwaarde is wel dat de aangezochte rechter dit recht op dezelfde wijze toepast als de rechter van de lidstaat waar de vermeende woonplaats zich bevindt.

9. Op grond van art. 63 lid 2 herschikte EEX-Vo wordt in Cyprus, Ierland en het Verenigd Koninkrijk onder '*registered office*' de plaats van de statutaire zetel verstaan.

10. Deze definitie is opgenomen als een compromis tussen de incorporatie- of statutaire zetelleer, op grond waarvan een vennootschap woonplaats heeft op de plaats van de statutaire zetel/*registered office*, en de leer van de werkelijke zetel, volgens welke voor de woonplaats van de vennootschap wordt gekeken naar de plaats van het hoofdbestuur of de hoofdvestiging. De statutaire zetelleer wordt o.a. in Nederland en de Angelsaksische landen gevolgd, de werkelijke zetelleer o.a. in Duitsland en Frankrijk.

11. HvJ EU 17 november 2011, C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745, *NJ* 2012/225, m.nt. M.V. Polak.

12. HvJ EU 15 maart 2012, C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, *NJ* 2012/286, m.nt. M.V. Polak.

13. Deze arresten betroffen respectievelijk de bevoegdheid ten aanzien van vorderingen ingesteld tegen een consument (nu: art. 18 lid 2 herschikte EEX-Vo) en de bevoegdheid ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad (nu: art. 7 lid 2 herschikte EEX-Vo).

14. *Lindner*, punt 42 (zie voetnoot 11) en *G/Cornelius de Visser*, punt 40 (zie voetnoot 12).

15. *Lindner*, punt 47 (zie voetnoot 11).

16. Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 30 oktober 2007, *PbEU* 2007, L 339/3. Dit verdrag is de opvolger van het Verdrag van Lugano uit 1988 en gesloten tussen de EU-lidstaten en IJsland, Noorwegen en Zwitserland, als leden van de Europese Vrijhandelsorganisatie.

17. De toepasselijkheid van bevoegdheidsregelingen uit bijzondere verdragen, zoals het CMR-Verdrag inzake goederenvervoer, en de relatie tussen deze verdragen en de herschikte EEX-Vo worden in dit artikel buiten beschouwing gelaten.

18. Evenals art. 4 EEX-Verdrag en art. 4 lid 2 EEX-Vo.

19. Zie ook Rapport Jenard, *PbEG* 1979, C 59/20. In dit kader wordt vaak gewezen op art. 14 van de Franse Code civil, dat in de Franse rechtspraak zo wordt uitgelegd dat de Franse rechter vrijwel altijd bevoegd is ten aanzien van vorderingen ingesteld door een Frans onderdaan, zelfs als er verder geen enkele band bestaat tussen het geschil en de Franse gerechten. Op grond van art. 6 lid 2 herschikte EEX-Vo kan deze bepaling ook worden ingeroepen door een verzoeker die geen Frans onderdaan is, maar wel in Frankrijk woont.

In haar Voorstel voor de herschikking van de EEX-Vo<sup>20</sup> bepleitte de Commissie een universeel toepassingsgebied, waarbij geen ruimte meer is voor de toepassing van nationale bevoegdheidsregels.<sup>21</sup> Het Commissievoorstel was echter niet zozeer ingegeven door de wens om verweerders uit derde landen te beschermen, als wel om verzoekers in alle lidstaten gelijke toegang tot de rechter te verschaffen.<sup>22</sup> Hoewel de Commissie stelde dat onder zowel de lidstaten als de belanghebbenden draagvlak was voor deze aanpassing, werd zij uiteindelijk door een grote meerderheid van de lidstaten verworpen. Bij wijze van compromis is het formele toepassingsgebied van de consumenten- en werknemersbeschermende bevoegdheidsbepalingen wat opgerekt (zie par. 3).<sup>23</sup>

### 3 Uitzonderingen voor verzekerings-, consumenten- en arbeidsovereenkomsten

Van de regel dat de bevoegdheidsregels van de herschikte EEX-Vo formeel van toepassing zijn wanneer de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat, kan worden afgeweken wanneer de vordering is ingesteld door een zwakkere partij (verzekeringsnemer, verzekerde, begunstigde, consument of werknemer). Zo bevatten art. 11, 17 en 20 herschikte EEX-Vo een juridische fictie op grond waarvan de verweerder ook geacht wordt zijn woonplaats in een lidstaat te hebben wanneer hij daar een filiaal, agentschap of andere vestiging heeft, en het geschil de exploitatie daarvan betreft.

Bovengenoemde ficties waren ook opgenomen in de EEX-Vo en in het EEX-Verdrag voor verzekeringszaken en consumentenovereenkomsten. De herschikte EEX-Vo rekt het formele toepassingsgebied voor consumenten- en arbeidsovereenkomsten echter verder op. Art. 18 lid 1 herschikte EEX-Vo stelt dat de consument de rechtsovereenkomst tegen zijn wederpartij kan instellen bij het gerecht van de plaats waar hij zelf woonplaats heeft, *ongeacht de woonplaats van de wederpartij*. Dit betekent dat deze bevoegdheidsregel dus ook formeel van toepassing is wanneer de verweerder is gevestigd buiten de Europese Unie. Voor arbeidsovereenkomsten wordt het toepassingsgebied van de Verordening op vergelijkbare wijze uitgebreid.<sup>24</sup>

## 4 Uitzondering voor uitdrukkelijke forumkeuze

### 4.1 Gekozen rechter is rechter van een lidstaat

#### *Ongeacht woonplaats van partijen*

Wanneer sprake is van een forumkeuzebeding ten gunste van het gerecht van een EU-lidstaat en noch het Verdrag van Lugano 2007,<sup>25</sup> noch het Haags Forumkeuzeverdrag (HFKV)<sup>26</sup> van toepassing is, moet art. 25 herschikte EEX-Vo worden geraadpleegd. Deze bepaling bevat een uitzondering op de hoofdregel van het formele toepassingsgebied van de Verordening: zij is formeel van toepassing wanneer partijen het gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben gekozen, ongeacht de woonplaats van de verweerder. Het formele toepassingsgebied van art. 25 herschikte EEX-Vo is ruimer dan van diens voorganger, art. 23 EEX-Vo. Dat artikel bepaalde dat de gekozen rechter een rechter van een lidstaat moest zijn én dat een van de partijen (dus niet per se de verweerder) woonplaats moest hebben op het grondgebied van een lidstaat.

#### *Formeel toepassingsgebied en geldigheidsvereisten*

Een forumkeuze in de zin van art. 25 herschikte EEX-Vo moet voldoen aan twee algemene vereisten: zij moet het voorwerp zijn geweest van wilsovereenstemming van partijen en de inhoud ervan moet voldoende nauwkeurig zijn.<sup>27</sup> Indien de forumkeuze hieraan niet voldoet, dan is zij niet geldig en geldt ook het afwijkende formele toepassingsgebied van deze bepaling niet. De rechter moet dan onderzoeken of de Verordening via een andere weg formeel van toepassing is, met name door te bezien of de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat.

Art. 25 lid 4 herschikte EEX-Vo bepaalt dat aan een forumkeuze die in strijd is met art. 15, 19 of 23 geen rechtsgevolg toekomt. Deze bepalingen stellen nadere voorwaarden aan de forumkeuze, ter bescherming van zwakkere partijen.<sup>28</sup> Zo is een forumkeuze met betrekking tot een arbeidsovereenkomst ingevolge art. 23 herschikte EEX-Vo mogelijk, maar alleen wanneer deze is gemaakt na het ontstaan van het geschil, of wanneer de werknemer de mogelijkheid wordt geboden zijn zaak aanhangig te maken bij een andere rechter dan de rechter(s) die op grond van art. 21 bevoegd is (zijn). De vraag rijst wat het formele toepassingsgebied van art. 15, 19 en 23 herschikte EEX-Vo is. Moeten zij in lijn met art. 25 her-

20. COM/2010/748 def.

21. Idem, art. 4 lid 2. Zie ook P.A. Nielsen, 'The new Brussels I Regulation', *Common Market Law Review* 2013, p. 512; J. Weber, 'Universal jurisdiction and third states in the reform of the Brussels I Regulation', *RabelsZ* 2011, p. 619-644.

22. COM/2010/748 def., p. 3 en 8.

23. Zie ook Nielsen 2013, p. 513.

24. Zie art. 21 lid 2 herschikte EEX-Vo. Zie ook art. 6 lid 1 herschikte EEX-Vo, dat bepaalt dat de commune bevoegdheidsregels van toepassing zijn wanneer de verweerder geen woonplaats heeft in een lidstaat, *onverminderd* art. 18 lid 1 en 21 lid 2 herschikte EEX-Vo.

25. Het Verdrag van Lugano 2007 is van toepassing indien een gerecht van een lidstaat is gekozen, maar de verweerder woonplaats heeft in IJsland, Noorwegen of Zwitserland, zie art. 64 lid 2 sub a van het Verdrag.

26. Verdrag inzake bedingen van forumkeuze, Den Haag 30 juni 2005, *Trb.* 2009, 31. Het HFKV, dat op 1 oktober 2015 in werking is getreden, geldt voor alle EU-lidstaten, met uitzondering van Denemarken, en voor Mexico en Singapore. Het HFKV is formeel van toepassing wanneer het gerecht of de gerechten van een verdragsluitende staat exclusief zijn aangewezen (zie art. 5). Indien het aangewezen gerecht een gerecht van een EU-lidstaat betreft, is het Verdrag op grond van de samenloopregeling van art. 26 lid 6 HFKV echter alleen van toepassing indien één of beide partijen zijn gevestigd in een niet-EU-lidstaat die is aangesloten bij het HFKV (momenteel dus Mexico en Singapore).

27. HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*), punt 27.

28. D.w.z. de verzekeringsnemer, verzekerde, begunstigde, consument of werknemer.

schikte EEX-Vo worden toegepast wanneer het gerecht van een lidstaat is aangewezen, ongeacht de woonplaats van partij- en? Of moet worden aangesloten bij de hoofdregel – woonplaats verweerder in een lidstaat – aangevuld met de hierboven in paragraaf 3 besproken uitzonderingen?

*Stel dat in de arbeidsovereenkomst tussen een in Nederland gevestigde werkgever en een werknemer die woont en werkt in Canada, een exclusief forumkeuzebeding is opgenomen ten gunste van de Nederlandse rechter. Er ontstaat een arbeidsgeschil en de werkgever stelt een vordering in tegen de werknemer bij de Nederlandse rechter.*

Mijns inziens sluit het formele toepassingsgebied van art. 15, 19 en 23 herschikte EEX-Vo, gelet op de bewoordingen van deze bepalingen,<sup>29</sup> aan bij dat van de overige beschermende bevoegdheidsbepalingen.<sup>30</sup> In het bovengenoemde voorbeeld betekent dit dat de Nederlandse rechter de forumkeuze, nu de verwerende werknemer niet in een lidstaat woont, enkel moet toetsen aan art. 25 herschikte EEX-Vo, en *niet* aan art. 23.<sup>31</sup> Voor de Nederlandse rechtspraak maakt het overigens weinig verschil. Wordt namelijk aangenomen dat de forumkeuze uit het voorbeeld wél moet worden getoetst aan art. 23 en heeft de forumkeuze op grond van art. 23 jo. art. 25 lid 4 geen rechtsgevolg, dan is de herschikte EEX-Vo formeel niet van toepassing. De Nederlandse rechter moet dan terugvallen op art. 8 lid 1 Rv, dat de forumkeuze ten gunste van de Nederlandse rechter regelt.<sup>32</sup> Deze bepaling stelt geen nadere voorwaarden aan de forumkeuze in een arbeidsovereenkomst,<sup>33</sup> wat betekent dat de forumkeuze geldig is zodra deze voldoet aan de algemene vereisten van art. 8 Rv, die in grote lijnen vergelijkbaar zijn met die van art. 25 herschikte EEX-Vo.

#### 4.2 Gekozen rechter is rechter van een derde land

##### *Verweerder buiten lidstaat: toepassing gemeen recht*

Wanneer partijen een forumkeuze hebben gemaakt voor de rechter van een derde land en de woonplaats van de verweerder

der zich buiten de Europese Unie bevindt, dan zal de rechter van een lidstaat, die in weerwil van de forumkeuze is aangezocht, de herschikte EEX-Vo niet toepassen. Is evenmin een andere internationale regeling van toepassing, dan zal het gerecht aan de hand van zijn eigen recht (inclusief de conflictregels) moeten bepalen of de forumkeuze voor de rechter van het derde land formeel en materieel geldig is.<sup>34</sup> Voor de Nederlandse rechter geldt dat wanneer hij de forumkeuze als geldig beoordeelt, hij zich onbevoegd moet verklaren op grond van art. 8 lid 2 Rv. Acht hij de forumkeuze ongeldig, dan zal hij zijn bevoegdheid moeten bepalen aan de hand van de overige bevoegdheidsregels van het Rv.

##### *Verweerder in lidstaat: de problematische verhouding met art. 4 herschikte EEX-Vo*

Welke bevoegdheidsregeling dient het aangezochte gerecht van een lidstaat toe te passen wanneer sprake is van een forumkeuze voor het gerecht van een derde staat én een verweerder met woonplaats in een lidstaat? Deze kwestie wordt in de literatuur bestempeld als ‘intens ingewikkeld’.<sup>35</sup> Het afwijkende formele toepassingsgebied van art. 25 herschikte EEX-Vo geldt niet – zoveel is zeker. Betekent dit dat moet worden teruggevallen op het commune recht, voor de Nederlandse rechter art. 8 lid 2 Rv? Of moet worden aangenomen dat de hoofdregel ten aanzien van het formele toepassingsgebied van de Verordening – woonplaats van verweerder in een lidstaat – herleeft? En zo ja, betekent dit dat de rechter zich niet onbevoegd mag verklaren ten gunste van de derdelandsrechter zodra hem bevoegdheid toekomt op grond van de andere bepalingen van de Verordening, zoals art. 4 (woonplaats verweerder)? Hieronder worden drie visies besproken die in de literatuur zijn verdedigd.

##### *Visie 1: toepassing gemeen recht*

Volgens de zienswijze die heersend is in de Nederlandse literatuur en rechtspraak,<sup>36</sup> is de herschikte EEX-Vo niet van toepassing in gevallen waarin sprake is van een forumkeuze voor het gerecht van een derde land, ongeacht of de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat. Wordt ondanks de forumkeuze een gerecht van een lidstaat aangezocht, dan zal dit gerecht de forumkeuze moeten beoordelen aan de hand van zijn commune recht – aangenomen dat de forumkeuze buiten het toepassingsgebied van andere internationale regelingen, zoals het HFKV, valt. Deze zienswijze lijkt te worden ondersteund door de uitspraak *Coreck Maritime/Handelsveem*,<sup>37</sup> waarin het HvJ onder verwijzing naar het toelichtende Schlosser-rapport op het EEX-Verdrag<sup>38</sup> overwoog dat de geldigheid van een forumkeuzebeding ten gunste van het gerecht van een

29. De aanhef van deze bepaling luidt: ‘Van deze afdeling [art. 20-22; LvB] kan slechts worden afgeweken door overeenkomsten: (...)’, hetgeen impliceert dat deze bevoegdheidsbepalingen bij gebrek aan een forumkeuze van toepassing waren geweest.

30. Zie ook T. Kruger, *Civil jurisdiction rules of the EU and their impact on third states*, Oxford: Oxford University Press 2008, nr. 2.294; J.P. Verheul, *Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht. Deel 1. Het EEG Bevoegdheid- en Executieverdrag*, Apeldoorn: Maarten Kluwer 1982, p. 70. Anders: P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 721, die wat betreft het formele toepassingsgebied van art. 23 herschikte EEX-Vo aansluit bij art. 25 herschikte EEX-Vo.

31. De beperkingen van art. 23 jo. art. 25 lid 4 herschikte EEX-Vo gelden wél wanneer een keuze is gemaakt voor de rechter van een niet-lidstaat en de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, zo blijkt uit HvJ EU 19 juli 2012, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, *NJ* 2013/334, m.nt. Th.M. de Boer (*Mahamdia/Algerije*).

32. Vgl. ook Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1742, *RAR* 2015/103.

33. Dit is anders wanneer aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt gederogerd door middel van een forumkeuze voor de rechter van een ander land, zie art. 8 lid 3 en 4 Rv.

34. HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606, *NJ* 2001/599, m.nt. P. Vlas (*Coreck Maritime/Handelsveem*), punt 19. Zie voor de voorwaarden die aan de formele geldigheid van de forumkeuze worden gesteld in art. 8 Rv, Kuypers 2008, p. 234.

35. Fentiman 2006, p. 732.

36. Zie o.a. Kuypers 2008, p. 228; Vlas, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 23 EEX-Vo, aant. 2.

37. Zie voetnoot 34.

38. Zie Rapport Schlosser, *PbEG* 1979, C 59/71, nr. 176.



niet-lidstaat moet worden beoordeeld aan de hand van de *lex fori*, inclusief de conflictregels.<sup>39</sup> Hieruit kan worden afgeleid dat, wanneer de rechter van een lidstaat de keuze voor de rechter van een derde land op grond van zijn eigen recht als geldig beoordeelt, hij zich onbevoegd moet verklaren.<sup>40</sup> Voldoet de forumkeuze niet aan de vereisten van de *lex fori*, dan moet het gerecht zijn bevoegdheid alsnog bepalen aan de hand van de bevoegdheidsregels van de Verordening.<sup>41</sup>

#### *Visie 2: reflexwerking van art. 25 herschikte EEX-Vo*

Een tweede visie, die met name in de Franse literatuur is verdedigd, luidt dat de Verordening formeel van toepassing is zodra de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat, maar dat vervolgens zogenaamde 'reflexwerking'<sup>42</sup> moet worden toegekend aan art. 25 herschikte EEX-Vo. Dit betekent dat de aangezochte rechter van een lidstaat zich onbevoegd moet verklaren wanneer de forumkeuze voor de derdelandsrechter voldoet aan de in art. 25 herschikte EEX-Vo gestelde voorwaarden. De officiële documenten en HvJ-rechtspraak bieden echter weinig steun voor deze opvatting.<sup>43</sup>

Het voordeel van het toekennen van reflexwerking aan art. 25 herschikte EEX-Vo is dat rechtszekerheid wordt bereikt. Men kan zich echter afvragen tegen welke prijs. Dat een rechter van een lidstaat zich op grond van art. 25 herschikte EEX-Vo onbevoegd moet verklaren wanneer er sprake is van een forumkeuze voor het gerecht van een andere lidstaat, kan worden gerechtvaardigd vanuit het beginsel van wederzijds vertrouwen. De Verordening reguleert en unificeert de wederzijdse verplichtingen van deze gerechten; beide zijn onderworpen aan hetzelfde systeem.<sup>44</sup> Dat is anders voor de rechter van een niet-lidstaat. Deze is niet gebonden aan de herschikte EEX-Vo

en er bestaat dan ook geen garantie dat hij zich op basis van zijn eigen recht onbevoegd zal verklaren vanwege een uitgebrachte forumkeuze voor de rechter van een EU-lidstaat.<sup>45</sup> Bovendien ontbreekt in de herschikte EEX-Vo, anders dan in het commune recht,<sup>46</sup> een vangnet tegen een 'onwelgevallige' forumkeuze waarbij geen sprake is van een effectieve rechtsin-gang bij de buitenlandse rechter.

#### *Visie 3: toepassing overige bevoegdheidsregels herschikte EEX-Vo*

Na het Lugano-advies van het HvJ uit 2006<sup>47</sup> kan worden betwijfeld of bovenstaande visies nog steeds verdedigbaar zijn. In dit advies stond de vraag centraal of het Verdrag van Lugano 2007 moet worden gesloten door alle afzonderlijke lidstaten of dat de sluiting van het Verdrag tot de exclusieve bevoegdheden van de Europese Unie behoort. Voor de onderhavige kwestie is de volgende overweging van het advies van belang:

'Indien het nieuwe verdrag van Lugano artikelen bevat die identiek zijn aan de artikelen 22 en 23 van verordening nr. 44/2001 [art. 24 en 25 herschikte EEX-Vo; LvB], en op deze basis een gerecht van een derde staat, partij bij dit verdrag, als bevoegde rechter aanwijst, terwijl de verweerder in een lidstaat woont, zou zonder het verdrag laatstbedoelde lidstaat het bevoegde forum zijn, terwijl dit mét het verdrag de derde staat is.'<sup>48</sup>

Hartley leidt uit deze zin af dat indien een forumkeuze is gemaakt voor de rechter van een niet-lidstaat, terwijl de verweerder in een lidstaat woont, de rechter van die lidstaat in beginsel bevoegd is ex art. 4 herschikte EEX-Vo. Alleen als de gekozen rechter de rechter is van een derde staat die partij is bij het Verdrag van Lugano – of het HFKV – zijn de bevoegdheidsregels van de Verordening niet van toepassing.<sup>49</sup> Volgens Hartley kan deze overweging niet slechts worden afgedaan als een *obiter dictum*,<sup>50</sup> omdat zij een essentiële stap in de redenering van het HvJ vormt. Bovendien zou aan dit advies meer waarde moeten worden toegekend dan aan de eerdergenoemde *Coreck Maritime*-uitspraak, nu de laatste slechts is gewezen door drie rechters, terwijl het Lugano-advies is opgesteld door het HvJ in voltallige zitting.<sup>51</sup>

39. *Coreck Maritime/Handelsveem*, punt 19 (zie voetnoot 34).

40. Hartley 2015, p. 196; Fentiman 2006, p. 708.

41. Zie Rapport Schlosser, *PbEG* 1979, C 59/71, nr. 176.

42. De theorie van reflexwerking is ontwikkeld door de Franse rechtsgelcerde Droz, zie o.a. G.A.L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Parijs: Dalloz 1972, nr. 164-169. Zie uitgebreid over deze theorie, inclusief literatuurverwijzingen, Kruger 2008, nr. 3.10 e.v. In het onderhavige artikel wordt een enge definitie van het begrip 'reflexwerking' gehanteerd, in de literatuur ook wel aangeduid als 'directe reflexwerking', zie Weber 2011, p. 630. De toepassing van commune bevoegdheidsregels, voor zover die de regels van de Verordening weerspiegelen (zie boven, par. 4.2, 'Visie 1'), wordt door sommige auteurs ook wel als een vorm van (indirecte) reflexwerking beschouwd (zie bijv. I. Pretelli e.a., 'Possibility and terms for applying Brussels I Regulation (recast) to extra-EU disputes', 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493024/IPOL-JURI\\_ET\(2014\)493024\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493024/IPOL-JURI_ET(2014)493024_EN.pdf), p. 19 (geraadpleegd op 1 december 2016)).

43. Zie ook Weber 2011, p. 630. In de literatuur is wel gewezen op *Mahamdia/Algerije* (zie voetnoot 31), een zaak over een arbeidsovereenkomst waarin een forumkeuzebeding was opgenomen ten gunste van de Algerijnse rechter. De vraag was of een dergelijke forumkeuze binnen de werkingssfeer van de Verordening valt, en zo ja, of de nadere geldigheidsvereisten uit (nu) art. 23 herschikte EEX-Vo van toepassing zijn. Het HvJ beantwoordde beide vragen bevestigend, hetgeen volgens Hartley kan worden gezien als het toekennen van reflexwerking aan art. 23 herschikte EEX-Vo, zie T.C. Hartley, *Choice-of-court agreements under the European and international instruments*, Oxford: Oxford University Press 2013, nr. 5.18.

44. Fentiman 2006, p. 724.

45. Zie ook Briggs 2008, nr. 7.103.

46. Zie art. 9 sub b en c Rv (*forum necessitatis*).

47. HvJ EG 7 februari 2006, Advies 1/03, ECLI:EU:C:2006:81.

48. Idem, punt 153.

49. Hartley 2015, p. 197-198.

50. Zoals wordt gesteld in Kruger 2008, nr. 4.65.

51. Hartley 2015, p. 196. Overigens kan ook nog worden gewezen op HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, *NJ* 2007/369, m.nt. P. Vlas (*Owusu*), op grond waarvan de nationale rechter die bevoegd is op grond van art. 4 herschikte EEX-Vo zich niet onbevoegd mag verklaren ten gunste van een rechter van een derde land die hij in een geschiktere positie acht om de zaak te behandelen. Fentiman stelt dat deze uitspraak mogelijk extensief moet worden uitgelegd, waardoor de rechter die bevoegd is op grond van art. 4 herschikte EEX-Vo zich ook niet onbevoegd mag achten wanneer sprake is van een forumkeuze voor het gerecht van een niet-lidstaat, zie Fentiman 2006, p. 714.

Het is echter twijfelachtig of het HvJ en de Europese wetgever de consequenties van deze zienswijze ook daadwerkelijk hebben beoogd.<sup>52</sup> Wanneer het Lugano-advies op dit punt wordt gevolgd, leidt dat namelijk tot minder rechtszekerheid,<sup>53</sup> tot een aanzienlijke beperking van de vrijheid van partijen om te kunnen kiezen voor een rechter in een niet-lidstaat<sup>54</sup> en tot contractbreuk (namelijk de schending door een van de partijen van het forumkeuzebeding).<sup>55</sup> Bovendien kan uit het recente arrest *Taser International*,<sup>56</sup> waarin het HvJ nadrukkelijk ingaat op de verhouding tussen de stilzwijgende forumkeuze voor een gerecht van een lidstaat (nu art. 26 herschikte EEX-Vo) en de forumkeuze voor het gerecht van een niet-lidstaat, worden afgeleid dat de rechter van een lidstaat een forumkeuze voor een derdelandsrechter niet per definitie terzijde hoeft te schuiven wanneer de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat.<sup>57</sup>

### 5 Uitzondering voor stilzwijgende forumkeuze?

Art. 26 herschikte EEX-Vo regelt de stilzwijgende aanvaarding van rechtsmacht: het gerecht van een lidstaat is bevoegd wanneer de verweerder verschijnt, de bevoegdheid van de rechter niet vóór alle weren betwist én geen sprake is van een exclusieve bevoegdheid ex art. 24. Over het formele toepassingsgebied van art. 26 herschikte EEX-Vo verschillen de meningen. In een deel van de literatuur wordt aangenomen dat het toepassingsgebied van art. 26 herschikte EEX-Vo vergelijkbaar is met dat van art. 25 (uitdrukkelijke forumkeuze) en dat de bepaling moet worden toegepast ongeacht de woonplaats van partijen.<sup>58</sup> Art. 26 herschikte EEX-Vo stelt immers geen eis aan de woonplaats van partijen, en bovendien is het voor een verweerder uit een derde land, die vrijwillig verschijnt in de procedure voor een gerecht van een lidstaat, voorzienbaar dat dit gerecht art. 26 zal toepassen.<sup>59</sup> Daarnaast heeft het HvJ in het arrest *Group Josi* aangegeven dat het voor de toepassing van art. 18 EEX-Verdrag, dat destijds de stilzwijgende forumkeuze regelde, niet van belang is waar de verweerder is gevestigd.<sup>60</sup>

Niettemin wordt in een deel van de literatuur betoogd dat art. 26 herschikte EEX-Vo slechts van toepassing is wanneer de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat.<sup>61</sup> Het belangrijkste argument hiervoor is van technisch-juridische aard: art. 6 herschikte EEX-Vo somt de uitzonderingen met betrekking tot het formele toepassingsgebied van de Verordening op, waaronder art. 25, maar verwijst niet naar art. 26.<sup>62</sup> Voor Nederland is het belang van de discussie vanuit praktisch oogpunt gering, aangezien het commune recht een vrijwel gelijk-luidende bepaling kent voor de stilzwijgende forumkeuze (art. 9 sub a Rv).<sup>63</sup>

## 6 Uitzondering voor exclusieve bevoegdheden

### 6.1 Woonplaats partijen niet relevant

Art. 24 herschikte EEX-Vo, dat vijf exclusieve bevoegdheidsgronden bevat, kent een afwijkend formeel toepassingsgebied: de toepasselijkheid is niet afhankelijk van de woonplaats van de verweerder, maar van de plaats van het onderwerp waarop de bevoegdheidsregel betrekking heeft, zoals een onroerend goed (sub 1) of openbaar register (sub 3). Wanneer deze plaats zich bevindt in een lidstaat, is art. 24 herschikte EEX-Vo van toepassing en de rechter van die lidstaat *bij uitsluiting* bevoegd. De rechters van de overige lidstaten moeten zich dus onbevoegd verklaren wanneer zij worden aangezocht. Dit betekent niet alleen dat art. 4 en 7 t/m 9 herschikte EEX-Vo geen toepassing vinden, maar ook dat partijen niet bij overeenkomst een andere rechter bevoegd kunnen verklaren.<sup>64</sup> Daarnaast is art. 26 herschikte EEX-Vo inzake de stilzwijgende forumkeuze niet van toepassing indien zich een exclusieve bevoegdheidsgrond voordoet.<sup>65</sup>

Art. 24 herschikte EEX-Vo bevat weliswaar vijf exclusieve bevoegdheidsgronden, maar de discussie in de literatuur richt zich vooral op het formele toepassingsgebied van art. 24 sub 1, dat de bevoegdheid regelt voor zakelijke rechten op en huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerend goed. Onderstaande analyse zal ook worden beperkt tot deze bevoegdheidsgrond.<sup>66</sup>

### 6.2 Onroerend goed bevindt zich in derde land

Hoe moet het aangezochte gerecht van een lidstaat handelen wanneer sprake is van een geschil betreffende een zakelijk recht op een onroerend goed dat is gelegen in een niet-lidstaat? Ligt het goed in IJsland, Noorwegen of Zwitserland, dan zal het gerecht zich onbevoegd moeten verklaren op grond van art. 22 Verdrag van Lugano 2007, dat parallel loopt aan art. 24

52. Zie ook Briggs 2008, nr. 7.102, die een dergelijke uitleg van het Lugano-advies als *eccentric*, maar ook als onnodig kwalificeert. Dit advies heeft volgens hem alleen betrekking op de verhouding met de Lugano-verdragsstaten.

53. Briggs 2008, nr. 7.100; Weber 2011, p. 631.

54. Zie ook Kruger 2008, nr. 4.53, die stelt dat het negeren van een forumkeuzebeding ten gunste van een rechter buiten de EU in strijd is met de belangen van de internationale handel.

55. J. Newton, *The uniform interpretation of the Brussels and Lugano Conventions*, Oxford: Hart Publishing 2002, p. 186.

56. HvJ EU 17 maart 2016, C-175/15, ECLI:EU:C:2016:176.

57. Spijtgig genoeg gaat het HvJ in *Taser International* niet in op de kwestie of aan art. 25 herschikte EEX-Vo reflexwerking moet of kan worden toegekend in geval van een forumkeuze voor de rechter van een niet-lidstaat, of dat de forumkeuze moet worden beoordeeld naar nationaal recht. Deze vraag wordt afgedaan als 'niet relevant', zie punt 24 van het arrest.

58. Zie bijv. Kuypers 2008, p. 227.

59. A.L. Calvo Caravaca & J. Carrascosa González, 'Article 26', in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *European commentaries on private international law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 30.

60. Punt 44 (zie voetnoot 7). Zie ook Vlas, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 6 Brussel I-bis, aant. 1.

61. Zie bijv. Calvo Caravaca & Carrascosa González 2016, nr. 30.

62. A. Layton & H. Mercer, *European civil practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2004, nr. 20.120.

63. Zie ook Strikwerda 2015, nr. 256.

64. Zie art. 25 lid 4 herschikte EEX-Vo, dat bepaalt dat een forumkeuze die inbreuk maakt op art. 24 zonder rechtsgevolg blijft.

65. Zie art. 26 lid 1 herschikte EEX-Vo.

66. Zie over het formele toepassingsgebied van de overige exclusieve bevoegdheidsgronden Kruger 2008, nr. 3.32 e.v.

herschikte EEX-Vo.<sup>67</sup> Indien geen internationale regeling van toepassing is, de verweerder geen woonplaats heeft in een lidstaat en geen sprake is van een stilzwijgende of uitdrukkelijke forumkeuze voor het gerecht van een lidstaat, dan zal het aangezochte gerecht deerschikte EEX-Vo niet van toepassing verklaren en zijn nationale bevoegdheidsregels toepassen. Aangezien het Rv geen exclusieve bevoegdheidsgrond kent met betrekking tot zakelijke rechten op en huur/verhuur van onroerend goed, is het niet uitgesloten dat de Nederlandse rechter zich alsnog bevoegd kan verklaren.

Complexer is de vraag hoe de aangezochte rechter van een lidstaat dient te handelen wanneer het onroerend goed is gelegen in een derde land en de verweerder wél woonplaats heeft in een lidstaat. Moet hij terugvallen op zijn commune recht of moet hij deerschikte EEX-Vo alsnog via art. 4 van toepassing verklaren? En indien dit laatste het geval is, kan hij dan reflexwerking toekennen aan art. 24 herschikte EEX-Vo? Deze kwestie vertoont overeenkomsten met de discussie over het forumkeuzebeding ten gunste van een rechter van een niet-lidstaat, die in paragraaf 4.2 aan de orde kwam. Hoewel in een deel van de internationale literatuur in deze gevallen analoge toepassing van art. 24 herschikte EEX-Vo wordt bepleit, op grond waarvan het aangezochte gerecht zich onbevoegd mag/moet verklaren,<sup>68</sup> wordt in de Nederlandse rechtspraak aangenomen dat het aangezochte gerecht de Verordening moet toepassen, zonder dat van art. 24 reflexwerking uitgaat.<sup>69</sup> Dit betekent dat wanneer de verweerder in Nederland woont, de Nederlandse rechter op basis van art. 4 herschikte EEX-Vo bevoegd is kennis te nemen van een geschil over een zakelijk recht op een onroerend goed gelegen in een derde land.<sup>70</sup> Deze benadering wijkt af van de benadering die in de Nederlandse rechtspraak wordt gehanteerd ten aanzien van de forumkeuze voor een derdelandsrechter. Niettemin is zij in lijn met de toelichtende rapporten op het EEX-Verdrag, die de reflexwerking van art. 16 van het Verdrag (nu art. 24 herschikte EEX-Vo) en

de toepassing van het commune bevoegdheidsrecht in dit geval nadrukkelijk verwerpen.<sup>71</sup>

### 6.3 *Verhouding tot formeel toepassingsgebied (stilzwijgende) forumkeuze*

Hoe verhoudt het formele toepassingsgebied van art. 24 herschikte EEX-Vo zich tot dat van art. 25 (uitdrukkelijke forumkeuze) en art. 26 (stilzwijgende forumkeuze)? Duidelijk is dat een forumkeuze voor het gerecht van een derde land niet in de weg staat aan de toepasselijkheid van art. 24 herschikte EEX-Vo.<sup>72</sup> Voor de omgekeerde situatie – partijen hebben een (uitdrukkelijke of stilzwijgende) forumkeuze gemaakt voor het aangezochte gerecht van een lidstaat en het geschil betreft onroerend goed in een derde staat – wordt in de Nederlandse rechtspraak aangenomen dat de Verordening formeel van toepassing is en het gekozen gerecht zich bevoegd moet verklaren op basis van art. 25 c.q. 26 herschikte EEX-Vo.<sup>73</sup>

## 7 Litispendentie en connexiteit

De laatste uitzondering op de hoofdregel inzake het formele toepassingsgebied betreft de regeling voor litispendingie en connexiteit, die is opgenomen in afdeling 9 van de Verordening. Uitgangspunt is dat wanneer dezelfde vordering (litispendentie) of samenhangende vorderingen (connexiteit) tegelijkertijd aanhangig is/zijn gemaakt bij rechters in verschillende lidstaten, het eerst aangezochte gerecht over zijn bevoegdheid beslist. Het gerecht dat later is aangezocht, dient zijn uitspraak aan te houden. Staat de bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter vast, dan verklaart het later aangezochte gerecht

67. Het HFKV sluit geschillen met betrekking tot zakelijke rechten op en huur en verhuur van onroerend goed nadrukkelijk uit, zie art. 2 lid 1.

68. Zie o.a. L. de Lima Pinheiro, 'Article 24', in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *European commentaries on private international law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 10, die stelt dat de gerechten van de lidstaten de exclusieve bevoegdheid van de gerechten van een derde staat moeten respecteren; P. Gottwald, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, München: Beck 2013, EuGVO Art. 22, punt 6; Weber 2011, p. 632-633; Layton & Mercer 2004, nr. 19.010.

69. Zie, met verwijzingen naar (lagere) rechtspraak, Vlas, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 22 EEX-Vo, aant. 3.

70. Zie ook A-G Kokott in haar conclusie bij C-420/07 (*Apostolides/Orams*), ECLI:EU:C:2008:749, punt 86, onder verwijzing naar het Lugano-advies (zie voetnoot 47).

71. Zie bijv. Rapport Jenard/Möller, *PbEG* 1990, C 189/57, nr. 54, dat bepaalt: 'Artikel 16, punt 1 [nu: art. 24 lid 1 herschikte EEX-Vo; LvB], vindt slechts toepassing wanneer het onroerend goed op het grondgebied van een verdragsluitende Staat gelegen is. Op dit punt is de tekst duidelijk genoeg. Is het goed op het grondgebied van een derde Staat gelegen, dan zijn de overige bepalingen van het Verdrag van toepassing, bij voorbeeld artikel 2 indien de verweerder op het grondgebied van een verdragsluitende Staat gedomicilieerd is, of artikel 4 indien hij woonplaats heeft op het grondgebied van een derde Staat, enz.' In dezelfde zin: Rapport De Almeida Cruz e.a., *PbEG* 1990, C 189/35, nr. 25d. Zie ook A-G Kokott in haar conclusie bij *Apostolides/Orams*, punt 86 (zie voetnoot 70), die onder verwijzing naar het Lugano-advies (zie voetnoot 47) stelt dat het HvJ reflexwerking van art. 24 herschikte EEX-Vo verwerpt en dat in een zaak die betrekking heeft op een zakelijk recht op een onroerend goed gelegen in een niet-lidstaat, het gerecht van de lidstaat waar de verweerder woonplaats heeft bevoegdheid toekomt op basis van art. 4.

72. *Taser International*, punt 30 (zie voetnoot 56).

73. Zie ook Rb. Rotterdam 20 februari 1978, *NJ* 1978/621, m.nt. JCS. In de buitenlandse literatuur is daarentegen wel betoogd dat het gerecht van een lidstaat zich in dit geval onbevoegd moet verklaren, en wel op basis van zijn commune recht, zie Droz 1972, nr. 204.

zich onbevoegd. Op deze regel gelden uitzonderingen voor de forumkeuze<sup>74</sup> en de exclusieve bevoegdheden.<sup>75</sup>

### 7.1 Regeling van toepassing ongeacht woonplaats partijen

Al in 1991 overwoog het HvJ in het arrest *Overseas Union Insurance Ltd v. New Hampshire Insurance Company*<sup>76</sup> dat de toepasselijkheid van de litispenderregeling van het EEX-Verdrag niet afhangt van de woonplaats van partijen.<sup>77</sup> Aangenomen moet worden dat deze uitspraak zijn gelding blijft behouden voor de herschikte EEX-Vo. Ook de toepasselijkheid van de regeling inzake samenhangende vorderingen (art. 30 herschikte EEX-Vo) is niet afhankelijk van de woonplaats van partijen.

### 7.2 Aanhangige procedures in derde landen

Mag het gerecht van een lidstaat zijn uitspraak ook aanhouden wanneer dezelfde of een samenhangende vordering tevens aanhangig is gemaakt bij het gerecht van een derde land?<sup>78</sup> Onder de EEX-Vo was dit onzeker,<sup>79</sup> maar in art. 33 herschikte EEX-Vo is een litispenderregel opgenomen op grond waarvan het gerecht van een lidstaat waarbij de zaak later is aangebracht, zijn procedure onder bepaalde voorwaarden<sup>80</sup> mag aanhouden ten gunste van het gerecht van een derde land. Art. 34 herschikte EEX-Vo kent een vergelijkbare regeling voor samenhangende vorderingen.

Art. 33 en 34 herschikte EEX-Vo zijn de enige bepalingen in de Verordening die zien op de rechterlijke bevoegdheid waarin nadrukkelijk wordt ingegaan op de relatie tussen EU-

lidstaten en derde landen. Door hun formulering roepen zij echter ook vragen op met betrekking tot het formele toepassingsgebied van de andere bevoegdheidsregels van de Verordening. Beide bepalingen beginnen met de zinsnede 'wanneer de bevoegdheid [van het gerecht van een lidstaat dat later is aangezocht; LvB] voortvloeit uit artikel 4 of de artikelen 7, 8 en 9'.<sup>81</sup> Art. 33 en 34 herschikte EEX-Vo zien echter ook op gevallen waarin het gerecht van een derde land op grond van zijn eigen recht exclusieve bevoegdheid toekomt op basis van een forumkeuzebeding of bijvoorbeeld vanwege de aanwezigheid van onroerend goed op zijn territorium.<sup>82</sup> Hieruit kan worden geconcludeerd dat het gerecht van een lidstaat ondanks de 'exclusieve' bevoegdheid van de derdelandsrechter tóch bevoegdheid kan toekomen op grond van de herschikte EEX-Vo. Dit zou betekenen dat de Verordening in deze gevallen dus wél formeel van toepassing is, althans wanneer de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat.

De vraag rijst of art. 33 en 34 herschikte EEX-Vo moeten worden beschouwd als een uitputtende regeling. Zou het antwoord bevestigend luiden, dan kan het gerecht van een lidstaat zijn uitspraak alleen aanhouden indien aan de (vrij strikte) voorwaarden van deze bepalingen is voldaan. Het gerecht van een lidstaat zou dus verplicht zijn de behandeling van de zaak voort te zetten wanneer de vereisten niet zijn vervuld, bijvoorbeeld omdat het derdelandsgerecht, dat door partijen is gekozen, later of überhaupt nog niet is aangezocht. In de literatuur is echter wel betoogd dat art. 33 en 34 herschikte EEX-Vo niet als exhaustieve regeling moeten worden beschouwd. Volgens deze uitleg kunnen de gerechten van een lidstaat er ook voor kiezen hun commune recht toe te passen, met name in gevallen waarin sprake is van een exclusieve forumkeuze voor het gerecht van een derde land of waarin het gerecht van een derde staat, als het een gerecht van een lidstaat was geweest, exclusieve bevoegdheid was toegekomen op grond van art. 24 herschikte EEX-Vo.<sup>83</sup>

## 8 Internationaliteitsvereiste

De bevoegdheidsregels van de herschikte EEX-Vo zijn niet van toepassing in puur nationale zaken. Het internationaliteitsvereiste vormt een algemene beperking op het formele toepassingsgebied van de Verordening.<sup>84</sup> Wanneer heeft een zaak een internationaal karakter in de zin van de Verordening? De herschikte EEX-Vo kent geen definitie van het begrip 'internationaliteit' en ook in de literatuur bestaat hierover

74. Zie art. 31 lid 2 en 3 herschikte EEX-Vo: de gerechten van de lidstaten die niet door middel van een forumkeuze zijn aangewezen, dienen hun uitspraak aan te houden totdat de aangewezen rechter over zijn bevoegdheid heeft beslist, ook indien de laatste later is geadieerd.

75. Een gerecht van een lidstaat dat niet als eerste is aangezocht en exclusieve bevoegdheid toekomt op basis van art. 24 herschikte EEX-Vo, mag de zaak niet aanhouden, maar moet ten gronde beslissen, zie HvJ EU 3 april 2014, C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212, *NJ* 2015/342, m.nt. Th.M. de Boer (*Weber/Weber*), punt 56. Omstreden is de kwestie of deze ongeschreven uitzondering slechts geldt wanneer de rechter bevoegd is op grond van art. 24 herschikte EEX-Vo, of ook voor de bevoegdheidsbepalingen van art. 10-23 herschikte EEX-Vo, die bescherming bieden aan zwakkere partijen zoals consumenten en werknemers. Dit laatste wordt verdedigd door o.a. A. Briggs, *Civil jurisdiction and judgments*, Abingdon: Routledge 2015, p. 329 en Van Calster, zie <http://gavclaw.com/tag/weber-v-weber/> (geraadpleegd op 1 december 2016). Afwijzend: De Boer in zijn *NJ*-noot onder *Weber/Weber*.

76. HvJ EG 27 juni 1991, C-351/89, ECLI:EU:C:1991:279, *Jur.* 1991, p. I-3317.

77. Idem, punt 18.

78. Is de vordering aanhangig bij de IJslandse, Noorse of Zwitserse rechter, dan geldt de litispenderregeling van het Verdrag van Lugano, zie art. 27 e.v. van dat verdrag. Het HFKV bevat geen litispenderbepalingen.

79. Zie bijv. Fentiman 2006, p. 721-722 en Kruger 2008, nr. 5.24 e.v.

80. Zo vereist art. 33 herschikte EEX-Vo dat de beslissing uit het derde land naar verwachting kan worden erkend en eventueel ten uitvoer gelegd in de lidstaat van de aangezochte rechter, en dat het aangezochte gerecht ervan overtuigd is dat aanhouding nodig is voor een 'goede rechtsbedeling'. Dit laatste criterium wordt in de literatuur wel als 'te vaag' bestempeld, zie bijv. P. Rogerson, '*Lis pendens* and related actions', in: A. Dickinson & E. Lein (red.), *The Brussels I Regulation recast*, Oxford: Oxford University Press 2015, nr. 11.78.

81. Indien sprake is van een ingevolge art. 25 herschikte EEX-Vo geldige forumkeuze voor het gerecht van een lidstaat, dan mag dit gerecht wanneer het als tweede is aangezocht, de zaak *niet* aanhouden, zelfs niet wanneer de forumkeuze niet-exclusief van aard is, zie ook R. Fentiman, 'Articles 33, 34', in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *European commentaries on private international law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 6.

82. Blijkens overweging 24 van de preambule vormen deze gronden voor bevoegdheid van de derdelandsrechter immers omstandigheden die moeten worden meegewogen bij het vereiste dat aanhouding nodig is voor een goede rechtsbedeling.

83. Zie bijv. Weber 2011, p. 631 en Fentiman 2016, nr. 62.

84. Zie ook Rapport Jenard, *PbEG* 1979, C 59/20, p. 8.



geen consensus.<sup>85</sup> Toch biedt de rechtspraak wel enige handvatten. In het *Owusu*-arrest<sup>86</sup> heeft het HvJ in het kader van art. 4 herschikte EEX-Vo uitgemaakt dat de zaak niet per definitie aanknopingspunten hoeft te hebben met meerdere EU-lidstaten; aan het vereiste wordt ook voldaan indien er een connectie is met een derde land.<sup>87</sup> Het vereiste dat sprake moet zijn van een 'extraneïteitselement'<sup>88</sup> wordt volgens het HvJ ook vervuld wanneer de verweerder, die geen bekende woonplaats heeft, onderdaan is van een andere staat dan die waar de procedure loopt, hoewel de bevoegdheidsregels van de Verordening verder geen rekening houden met de nationaliteit van partijen.<sup>89</sup> De ratio van deze ruime opvatting van het internationaliteitsvereiste is gelegen in de rechtszekerheid, die wordt bevorderd door de toepassing van de uniforme bevoegdheidsregels van de Verordening, in plaats van de nationale bevoegdheidsregels van de verschillende lidstaten.<sup>90</sup>

Bij forumkeuzes roept het internationaliteitsvereiste specifieke vragen op. Kan een zaak tussen partijen die woonplaats hebben in dezelfde lidstaat en die een forumkeuze hebben gemaakt voor het gerecht van diezelfde staat, als internationaal worden beschouwd? Aangenomen wordt dat het internationaliteitsvereiste in elk geval zal zijn vervuld wanneer het gerecht van een andere lidstaat zonder de forumkeuze bevoegdheid zou zijn toegekomen op basis van de Verordening.<sup>91</sup> Een ander punt van discussie is of een forumkeuze voor de gerechten van een andere lidstaat dan de lidstaat waar partijen allebei hun woonplaats hebben, voldoende is om het geschil als internationaal aan te merken. Wanneer op dit punt de lijn van het HFKV wordt gevolgd,<sup>92</sup> moet worden aangenomen dat een forumkeuze op zichzelf ontoereikend is om van een verder puur nationaal geval een internationaal geval te maken.<sup>93</sup> Het voordeel van een ruimere uitleg van het internationaliteitsvereiste is daarentegen dat de forumkeuze wordt beoordeeld aan de hand van de uniforme maatstaven van de Verordening, in plaats van het nationale bevoegdheidsrecht.<sup>94</sup>

## 9 Conclusie

De herziening van de EEX-Vo is door de EU-wetgever aangegrepen om de formele toepassingsgebieden van de forumkeuzebepaling en de beschermende bevoegdheidsregels voor Europese consumenten en in de Europese Unie werkzame personen wat op te rekken. Over verdergaande wijzigingen, in het bijzonder het creëren van een universeel toepassingsgebied, zoals door de Commissie was voorgesteld, kon geen politieke overeenstemming worden bereikt. Het kan de Europese wetgever echter worden aangerekend dat hij heeft nagelaten de oude controverses betreffende de formele toepasselijkheid van de Verordening te beslechten.

Voornaamste punt van discussie is en blijft of de herschikte EEX-Vo formeel van toepassing is wanneer de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat én er sprake is van een forumkeuze voor het gerecht van een derde land, dan wel van een geschil dat betrekking heeft op een zakelijk recht of de huur/pacht van onroerend goed dat is gelegen in een niet-lidstaat. Een eenduidig antwoord is er niet; de tekst van de Verordening, de toelichtende rapporten op de verschillende versies van het EEX-Verdrag en de rechtspraak van het HvJ geven tegenstrijdige signalen af. Op basis van deze bronnen kunnen twee uiterste visies worden verdedigd, namelijk: (1) dat de aangezochte rechter van een lidstaat zijn bevoegdheid in bovengenoemde gevallen moet vaststellen aan de hand van de overige bepalingen van de herschikte EEX-Vo, en (2) dat de Verordening in deze gevallen niet van toepassing is en het aangezochte gerecht moet terugvallen op zijn commune bevoegdheidsregels.

De huidige onzekerheid is onwenselijk aangezien de uniforme toepassing van de herschikte EEX-Vo in het geding is. Zolang de tekst van de Verordening op dit punt niet wordt aangepast,<sup>95</sup> is de hoop dat het HvJ zich op korte termijn over dit onderwerp kan – en zal<sup>96</sup> – uitspreken. Het is de vraag welke positie het HvJ zal innemen. Op het eerste gezicht lijken de beste papieren aanwezig voor de zienswijze dat de herschikte EEX-Vo onverkort van toepassing is wanneer een verweerder woonplaats heeft in een lidstaat, ongeacht of het geschil aanknopingspunten heeft met een derde land. Deze opvatting sluit aan bij de exclusieve aard en uniforme en uitputtende structuur van de bevoegdheidsregeling van de Verordening.<sup>97</sup> Bovendien lijkt zij te worden ondersteund door het Lugano-

85. Zie Newton 2002, p. 172, die het onderwerp complex en controversieel noemt.

86. Zie voetnoot 51.

87. Idem, punt 35.

88. Ook wel 'element van vreemdelingschap' genoemd, zie *Lindner*, punt 29.

89. Idem, punt 31 en 35.

90. Idem, punt 33.

91. Newton 2002, p. 178-179. Deze bevoegdheid zal dan moeten voortvloeien uit afdeling 2 herschikte EEX-Vo (alternatieve bevoegdheden).

92. Art. 1 lid 1 HFKV vermeldt dat het HFKV alleen van toepassing is in 'internationale situaties'. Lid 2 stelt dat een situatie niet internationaal is wanneer alle aanknopingspunten zich bevinden in dezelfde staat, ongeacht de plaats van het aangewezen gerecht.

93. Zie voor verwijzingen naar rechtspraak Kruger 2008, nr. 4.80 e.v. Deze zienswijze komt ook terug in Rapport Schlosser, *PbEG* 1979, C 59/71, nr. 174 en Rapport Pocar, *PbEU* 2009, C 319/1, nr. 104.

94. F. Garcimartin, 'Prorogation of jurisdiction', in: A. Dickinson & E. Lein (red.), *The Brussels I Regulation recast*, Oxford: Oxford University Press 2015, nr. 9.31; U. Magnus, 'Article 25', in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *European commentaries on private international law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 40.

95. Zie voor voorstellen Pretelli e.a. 2014, p. 45 e.v. en Weber 2011, p. 631-632.

96. Over dit specifieke onderwerp zijn reeds prejudiciële vragen aan het HvJ voorgelegd. In *Owusu* (zie voetnoot 51) werd de vraag gesteld of het EEX-Verdrag zich verzet tegen onbevoegdverklaring op basis van de *forum-non-conveniens*-exceptie uit de Engelse *common law*, bijv. wanneer sprake is van een forumkeuzebeding ten gunste van het gerecht van een derde land. Het HvJ gaf echter geen antwoord, omdat de vraag geen betrekking had op de feitelijke situatie van het hoofdgeding (zie punt 48-51). In *Taser International* (zie voetnoot 56) ging het HvJ niet in op de vraag of art. 23 EEX-Vo (nu art. 25 herschikte EEX-Vo) van toepassing is op een forumkeuze voor het gerecht van een derde land (zie punt 24).

97. Pretelli e.a. 2014, p. 19.

advies<sup>98</sup> en te worden bevestigd door de nieuwe regeling inzake litispending en connexiteit in relatie tot derde landen.

Anderzijds vindt de opvatting dat het gerecht van een lidstaat wél kan terugvallen op zijn commune recht, ook al heeft de verweerder woonplaats in een lidstaat, steun in de toelichtingsrapporten op het EEX-Verdrag, alsook in de HvJ-jurisprudentie. Hierbij moet worden aangetekend dat dit 'bewijs' slechts betrekking heeft op forumkeuzebedingen ten gunste van het gerecht van een derde land. De opvatting dat het gerecht van een lidstaat zijn bevoegdheid ook zou moeten beoordelen aan de hand van zijn commune recht in gevallen die betrekking hebben op onroerend goed in een derde land, wordt weliswaar in de nationale rechtspraak van verschillende lidstaten aanvaard, maar wordt juist verworpen in verschillende toelichtende rapporten.

Hierin ligt mogelijk de oplossing voor de controverse: een gedifferentieerde benadering. Binnen deze benadering wordt het dwingende en complete karakter van de bevoegdheidsregeling (inclusief de regels inzake litispending en connexiteit) van de Verordening vooropgesteld. Dit betekent dat het aangezochte gerecht van een lidstaat zijn bevoegdheid in beginsel steeds aan de hand van de Verordening *moet* vaststellen indien de verweerder woonplaats heeft in een lidstaat en niet mag teruggrijpen op zijn nationale bevoegdheidsregels. Dat neemt niet weg dat het mogelijk moet zijn om van dit uitgangspunt af te wijken indien hiervoor *zwaarwegende* redenen bestaan. Deze zijn naar mijn mening aanwezig wanneer de procespartijen een forumkeuze hebben uitgebracht ten gunste van een derdelandsrechter. In dat geval is het alleszins verdedigbaar dat het aangezochte gerecht zijn commune bevoegdheidsrecht toepast, in plaats van de regels van de Verordening. Deze uitzondering wordt in de eerste plaats gerechtvaardigd door de rechtszekerheid. Aangezien (met name de prorogerende werking van) de forumkeuze internationaal gezien breed wordt geaccepteerd, weten de partijen bij voorbaat bij welke rechter zij een eventueel geschil aanhangig kunnen maken, dan wel voor welk gerecht zij kunnen worden gedaagd. Wanneer een gerecht van een lidstaat verplicht is zich in weerwil van de forumkeuze bevoegd te verklaren, bijvoorbeeld op de grond dat de verweerder woonplaats heeft op zijn territoire, dan gaat dat ten koste van deze door de partijen gecreëerde voorspelbaarheid.<sup>99</sup> In de tweede plaats wordt deze uitzondering gerechtvaardigd door het feit dat de partijautonomie een belangrijk uitgangspunt vormt van de Verordening.<sup>100</sup>

Moeilijker te verdedigen is een uitzonderingspositie voor de 'exclusieve bevoegdheden', inhoudend dat een gerecht van een lidstaat zijn commune bevoegdheidsregels toepast wanneer het relevante aanknopingspunt (zoals het onroerend goed) in een derde land is gelegen, ook al heeft de verweerder woonplaats in een lidstaat. Anders dan bij de forumkeuze voor

de derdelandsrechter speelt de partijautonomie hier geen rol. Ook het argument van rechtszekerheid is hier minder overtuigend; het is niet gezegd dat de bevoegdheidsgronden die worden genoemd in art. 24 herschikte EEX-Vo ook worden aanvaard in de *lex fori* van het derde land.<sup>101</sup> Hierdoor kan een negatief bevoegdheidsconflict ontstaan.<sup>102</sup> Men zou nog kunnen betogen dat een uitzonderingspositie wordt gerechtvaardigd door het openbare-orde karakter van de exclusieve bevoegdheidsregeling – tevens de reden om zulke regels op te nemen in het EEX-regime.<sup>103</sup> In de literatuur is gewezen op het risico dat het geven van een beslissing in strijd met een exclusieve bevoegdheid van het gerecht van een niet-lidstaat door die laatste staat als een 'affront' wordt opgevat, en de uitspraak aldaar niet zal worden erkend en/of ten uitvoer gelegd.<sup>104</sup> Hier kan echter tegen in worden gebracht dat de verzoeker dit risico heeft aanvaard door de zaak aanhangig te maken bij het gerecht van een lidstaat en niet bij de derdelandsrechter.<sup>105</sup>

98. Zie voetnoot 47.

99. Briggs 2008, nr. 7.98.

100. Zie ook overweging 19 van de preambule, waarin in algemene bewoordingen – en dus niet toegespitst op de keuze voor het gerecht van een lidstaat – wordt gesteld dat de vrijheid van partijen om het bevoegde gerecht te kiezen moet worden geëerbiedigd.

101. Zelfs in het commune recht van de EU-lidstaten worden de bevoegdheidsgronden die in art. 24 herschikte EEX-Vo worden genoemd, lang niet altijd als exclusief aangemerkt. Zie A. Nuyts, 'Study on residual jurisdiction. General report', 2007, [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf), nr. 103-106 (geraadpleegd op 1 december 2016). In het Nederlandse commune recht levert de plaats van ligging van het onroerend goed weliswaar een bevoegdheidsgrond op (zie art. 6 sub e Rv), maar deze is niet exclusief.

102. Zie ook Nuyts 2007, nr. 183.

103. Zie Rapport Jenard, *PbEG* 1979, C 59/20, p. 35.

104. Zie T. Domej, 'Das Verhältnis nach "außen": Europäische v. Drittstaatsverhältnisse', in: J. Von Hein & G. Rühl, *Kohärenz im internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, p. 97.

105. Zie ook U. Magnus & P. Mankowski, 'Brussels I on the verge of reform – A response to the Green Paper on the review of the Brussels I Regulation', *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 2010, p. 6.